

● 何家弘/主编

证据学论坛

第四卷

ZHENGJUXUE
LUNTAN

中国检察出版社

0915.1.0.0
H2122

论坛

◎ 何家弘/主编

证据学论坛

第四卷

ZHENGJUXUE
LUNTAN

中国检察出版社

目 录

卷首白话

传说、传闻、传真及其他 何家弘 / 3

前沿聚焦

试论认证的概念、内容和方式 何家弘 / 31

“认证”之议，应当慎行 汪建成 祁建建 / 40

也谈刑事诉讼中的认证问题 刘新魁 / 49

试述刑事证据的认证方法 杨迎泽 / 63

生杀予夺事，能不谨慎哉

——谈刑事认证标准 杨万明 / 76

民事诉讼认证制度研究 段厚省 / 85

论认证中的证据关联性 刘昊阳 / 101

论书证的认证规则

——书证认证规则之比较研究 唐 力 / 106

论电子证据的认证规则

——以可采性的认定为视角····· 刘品新/120

网上对话

· ————— ·

刑事证明标准纵横谈····· 龙宗智 何家弘/143

专论大观

· ————— ·

中国刑事证据规则之初步研究(上)····· 陈瑞华/179

我国民事证据制度存在的若干问题及对策····· 肖 杰/196

行政诉讼证据问题研究····· 马怀德 刘东亮/210

论现代司法与证据裁判主义制度

——我国诉讼证据制度基础理论的思考····· 刘子平/225

论证据公开····· 叶 青/234

自认构成探微····· 余文唐/249

拒证推定规则的设立及其司法适用····· 姜建华 邹国华/260

论刑事非法证据排除规则及其在我国的

创立····· 董 华 范跃如/270

试论刑事非法证据的法律效力····· 房 栋/284

论证据保全制度····· 丁 杰/294

学术沙龙

- 刑事证据立法研究手记…………… 王尚新/307
- 我国刑事证明标准之重塑…………… 陈卫东/318
- 证据主观特性新论
——主观特性决定证据之为证据…………… 朱友学/325
- “司法鉴定”杂谈…………… 包建明/343
- 司法鉴定的性质与鉴定人的司法责任…………… 陈桂明 刘田玉/352
- 司法鉴定制度改革浅议…………… 赵小鲁/363
- 关于鉴定制度改革的思考…………… 余树东 邵 山/368

科技平台

- 科学证据在未来司法活动中将大显身手…………… 王传道/379
- 证据学与科学逻辑学…………… 张成敏/393
- DNA 的证据价值…………… 孙言文 刘晓丹/415
- 关于测谎鉴定结论用作诉讼证据的立法思考
…………… 杨 凯/434

实证研究

- 从一起错案看法官采信证据中存在的问题…………… 李 辉/451

- 杜培武案的证据学思考..... 王 超 周 菁/458
- 法官认证方式实务考察与分析..... 张素莲 刘 艳/471
- 对提请批捕案件不批捕率偏高的证据学研究
- 来自安徽省部分地区的调研报告..... 马海舰/483

外法评介

分立与差异

- 当代英国民事证据法与刑事证据法之现状
- 及评析..... 李 伟/495

英国非法证据规则评介..... 姚永吉/516

南非《1998年证人保护法》评介

- 兼论我国刑事证人保护制度的完善..... 廖 明/529

书苑漫笔

证据法领域的新探索

- 樊崇义教授主编《证据法学》评介
- 姜 伟 魏晓娜/547

生命中不能承受之“酷”

- 读《人类酷刑史》有感..... 刘武俊/552

他山之石，可以攻玉

- 读黄朝义先生《刑事证据法研究》有感..... 何 萍/558

卷末絮语

“司法鉴定立法研讨会”纪要	周秋平 陈霞/567
《证据学论坛》第五卷征稿启事	/574
英文目录	姚永吉 译/576

卷首白话

传说、传闻、传真及其他

何家弘

—

1999年的盛夏，笔者应朋友之邀，游览了享有“天然博物馆”和“物种贮存库”之美誉的长白山，领略了充满浪漫色彩和神奇魅力的天池。那位于海拔2200多米的长白山天池，水深达373米，面积达9.8平方公里，既是我国最深的高山湖泊，也是我国最大的火山口湖。其高、其美、其深、其大，使人神往，令人心仪。

行前听人说，游长白山观天池，可以测试一个人的福德，因为天池有“仙气”，善识“贵人”。无福无德之人在山上空等几个小时甚至几天，也只能是雾里看湖，不见天池真面目。而有福有德之人一到山顶，那湖上的大雾就会在转瞬之间消散得无影无踪。对于神仙灵怪之类的传说，我向来是不以为然的。至于转瞬即逝的大雾，我也是将信将疑。以我的经验，凡是旅游景点，大都有这样那样的传说，游客不必过于认真。

那天我们从延吉市区出发时天气晴好，但是一进入长白山区便遭遇了霏霏细雨，不禁让人有些扫兴。及至山顶停车场，看着四周的茫茫白雾，我的心底不由得生出几分遗憾，看来我们是无缘目睹天池的芳姿了。不过，我也想到了“仙气”与“贵人”之说，便心存希冀地沿着小路向上登攀。忽然，前面的游客欢呼起来。有人大喊：天池开啦！我们急忙加快步伐，气喘吁吁地来到山顶，向下俯瞰天池。只见那大雾正在退去，须臾之间，果然露出湛蓝晶莹的湖面，而那茫茫白雾竟不知尽藏于何处。面对如此奇幻突兀的气象变

化，我在兴奋之余也难免有些困惑，但不知在众多游客中间，究竟谁为“贵人”，反正不是我。

长白山天池的迷人之处不仅在于绮丽的湖光山色，而且在于那些美妙的传说和难解之谜。譬如说，天池位于群山之巅，上面没有入水口，也没有蓄水源，而那作为出水口的瀑布却不分冬夏地长流不息，真不知那无尽之水究竟来自何地。有人说，天池下面有海眼，连着浩瀚的大海。但即便如此，我们终不能解答那海水究竟是被什么力量送到了海拔 2200 多米高的山顶，又是被什么东西净化为如此纯洁的淡水。倘若有人能够找出科学的答案，那么大自然的“魔力”必将为“南水北调”和“海水淡化”等造福人类的宏大工程提供新的思路和启迪。

关于天池的传说很多，其中最令人着迷的还是“怪兽”。笔者在长白山之行中，也听到一些关于“天池怪兽”的见闻。有人说，那怪兽身长数米，似牛又似狗，头顶细长，末端犹如鸭嘴，而且它在水中游动的速度极快，能在湖面上留下开阔的人字形划水波纹。然而，在我问及的人中，并没有目击者，都是从别人那里听到的传说。还有人讲，其实那传说中的“水怪”不过是一只落入水中的飞蛾！由于光线的折射作用，一只在平静的湖面上挣扎的蛾子激起的水纹，远远看去，就像一个巨大的物体在水中游动留下的波纹。从蛾子到怪兽，我无法断定孰真孰假，因为我听到的都是传说。

传说者，有传有说，边传边说，传记谈说，以传成说。一件很小很平常的事情，经过人们的辗转传述，就会变成一件很特别甚至很轰动的事情。例如，一位工厂厂长到外地出差，回来以后不久，工厂上下议论纷纷，都说这位厂长在南方某城市挥霍公款，一掷千金，一周时间就花了十好几万，而且还光顾色情场所，被当地警察拘留了三天。厂长并无此事，自然气得头顶生烟。后来经过仔细的调查，发现这个传说的源头是工厂的会计。她曾在私下里对朋友说，厂长花钱大手大脚，出趟差就花了将近一万块钱。此话本与事实相去不远，但是经过一千人等的口舌加工，一万就变成了十几万，而且还加上了色情和拘留。这大概就是传说的功能。

诚然，传说也是人类社会传递信息的一种方式，而且这种信息传递的方式还具有高效低耗的特点。各种传说，仅凭人们的口舌便可以很快的速度传播开来。正所谓，众口所移，无翼而飞，不胫而走。这也正是传说的生命力之所在。但是，在这种传递的过程中，信息的内容和数量都很容易发生变化。其中，既有添枝加叶的，也有张冠李戴的；既有故意歪曲的，也有误听误传的。总之，无论是有意还是无意，无论是恶意还是善意，传说出来的事物往往与原事原物相差许多甚至大相径庭。正如唐代文人白居易在《奏所闻状》中所指出的，“内外传说，不无惊怪。”这大概是传说的基本特征。

传说的本源有真有假，换言之，传说者可能确有其事，也可能无中生有。但无论如何，后来者都是听而传之，往往不识真假。笔者曾经在一部小说中写了如下一段描述：“……车声震颤着寒冷的空气，一条无家可归的大黑狗被车声惊醒，从它藏身的角落里钻出来，跟在飞奔的车后面狂吠着。叫声惊动了它的同类，四面八方的狗随之呼应起来。由于这县城里颇有些爱养狗的人家，所以这狗的合唱便如同水中的涟漪一环环地扩散开去。于是，县城里爱狗及不爱狗的居民都知道在这风雪之夜，县城里发生了一件特殊的——起码是耸狗听闻的事情！”^① 有过乡村（当然是多狗的乡村）生活经验的人，对这种一犬吠形、百犬吠声的状况都不会感到陌生。而且，最先叫起来的那条狗并不一定都有正当理由，可能只是因为一阵风刮落了一根树杈，吓了它一跳，便大叫起来，而其他狗却以为发生了什么大事、急事、怪事，立刻传得沸沸扬扬。狗类如此，人类亦然。

古人言，一人传虚，万人传实。传说的人多了，本来虚无的事情也可以成真。谣言传多了，也会有许多人相信。于是，三人可以成虎，众口能够铄金；谎言重复一千遍就可以成为“真理”。从理论上讲，这当然是荒唐的逻辑；就现实而言，这却非无稽之谈。因为，人的耳根子都是比较软的，无论什么话，听多了都容易信以为

^① 何家弘著《疯女》，群众出版社1995年版，第241页。

真。由此可见,要想避免把谎言当成真理,最有效的办法就是远离传闻。

诚然,把传说作为茶余饭后的谈资,并无干系;把传说作为影视文学作品的基础去大加戏说,也无大碍;但是,要把传说作为认定事实的根据,则必须慎而又慎。常言道,耳听为虚,眼见为实;传闻不如亲见,视影不如察形。我们在社会生活中需要严肃地确认某些事实的时候,切不可道听途说,以耳代目;更不可推波助澜,以讹传讹。

在司法证明活动中,这一点尤为重要。

二

1943年,在美国的布克诉俄克拉荷马州一案中,公诉方的重要证据之一是一条名叫“老波士顿”的警犬进行的气味辨认。该警犬根据作案人在犯罪现场上遗留的气味和被告人的人体气味,经过识别,认定被告人就是该作案人。在法庭上,训练该警犬的警察提供了证言,但是辩护律师提出异议,认为那是传闻证据,要求法官排除。其言外之意是要听“直接来自狗嘴”的证据。虽然法官也承认该警察的证言确实属于传闻,但是考虑到“狗的语言与人类语言”的差别以及诉讼的效率,裁定该“传闻”可以采纳。当然,法官要求警察首先证明“老波士顿”曾经受过良好的训练,而且有可靠的嗅觉识别能力。

“直接来自狗嘴”的说法似乎有些荒唐,但是在美国的证据法学界确有一句类似的俗语,叫做“直接来自马嘴”。究其渊源,这句话大概是来自于赛马场上的赌民之嘴。当赌民对自己的赛马预测结果极为自信时,就会说他得到了“直接来自马嘴”的消息。证据学家把这句俗语借用到司法证明活动之中,便成为对传闻证据排除规则的非常恰当的解说。正如华尔兹教授所指出的,“刑事案件并非流言制造出来的,也非仅仅听说了什么就能杜撰的。对于能依据直接观察的个人见闻作证的证人,证据法有很强的优先性。不是

‘我听说这件事是这样发生的’，而是‘我目睹了整个过程，这件事就是这样发生的’。根据传闻规则，合格的侦查人员总是要尽力收集到他或她‘直接来自马嘴’的信息。”^①

17世纪以前，虽然英国的法官也认识到使用传闻证据必须格外小心谨慎，但是法律并没有限制对传闻证据的使用，因为当时采纳证据的基本原则是“凡是与案件事实有关联性的证言都应该采纳”。英国传闻证据排除规则的确立在一定程度上应归功于沃尔特·瑞赖案。在该案中，瑞赖被指控犯有谋反罪，根据是两个证人的证言。但是在审判中，这两个证人都没有到法庭上进行陈述，而是由他人在法庭上转述他们的证言。瑞赖要求与证人对质，但是没有得到这样的机会，并被法庭判定有罪。后来，事实证明法院的判决是错误的，冤枉了好人。在该案的影响下，英国在17世纪后期确立了传闻证据排除规则。^②

按照英美国家法律的规定，所谓“传闻证据”是指证人在法庭以外所作的陈述。美国《联邦证据规则》第801条(C)款给“传闻”下的定义是：证人在审判或听证时所作的陈述以外的陈述都是传闻，换言之，证人的“庭外陈述”都是传闻。例如，A亲眼看到B杀死了C，但是A没有在审判时出庭作证，而是由侦查人员在法庭上宣读了A的证言，那么这份证言就属于传闻证据。一般来说，传闻证据不具备可采性。《联邦证据规则》第802条规定，除本证据规则、或者最高法院根据成文法授权制定的其他规则或国会立法另有规定外，传闻不可采纳。^③

传闻证据排除规则的理论依据主要是这种证据的不可靠性和难以审查性。按照普通法的传统规则，证言的可靠性有三个保障要素：第一是证人必须当庭宣誓；第二是证人进行陈述时必须直接面

① 乔恩·华尔兹著《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第92页。

② 乔恩·华尔兹著《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社1993年版，第85页。

③ 参见何家弘、张卫平主编《外国证据法选译》（下卷），人民法院出版社2000年版，第745-766页。

对裁判者；第三是证人必须接受对方的交叉询问，至少应该给对方交叉询问的机会。由于英美法律把传闻证据界定为证人在法庭之外做出的陈述，而这种陈述无法满足上述三个基本要求，所以必须排除在诉讼证明之外。排除传闻是英美证据法的一般规则，但是这并不等于说传闻证据在任何情况下都是不可靠的和不能采用的。因此，英美法律又对传闻证据排除规则规定了一些例外。

“临终陈述”大概是普通法中最早确立的传闻证据排除规则的例外，也是司法实践中最需要确立的一种传闻规则的例外。在有些案件中，关键的证人（包括刑事案件中的被害人）在法庭审判开始之前就不幸地离开了人世，从而不可能在审判时出庭作证。然而，他（或她）了解案件的重要情况，而且在临死之前确实曾经对别人讲述过案件的事实，例如杀人凶手是谁，叫什么名字等。这种临终陈述对证明案件事实具有重要意义，如果排除在诉讼程序之外，显然是司法证明的重大损失，也是司法公正的重大缺憾。

虽然临终陈述没有经过法庭宣誓的程序，也无法接受对方的交叉询问，但是其一般来说还是比较可靠的。常言道，鸟之将死，其鸣也哀；人之将死，其言也善。一个人在即将步入另外一个世界的时候，哪里还会有心情去说谎？一个人连生命都将不存，难道还有必要去说谎？因此，法律允许他人在法庭上转述证人的临终陈述，既符合诉讼价值的要求，也符合司法证明的规律。

普通法在允许临终陈述性传闻证据进入诉讼程序的同时，也为其规定了非常严格的准入条件。第一，临终陈述者仅限于杀人案件中的被害人；第二，临终陈述者必须知道自己即将死亡；第三，临终陈述的内容只能是凶手的姓名或者外貌特征的描述；第四，临终陈述作为证据在法庭上提出时，陈述者必须已经死亡。这些规定反映了当时英美国家的司法人员在传闻证据问题上的思维惯性。随着司法实践的发展和证据规则的演进，英美国家的法律逐渐放宽了对这一传闻例外的限制。例如，法律不再要求临终陈述者在审判时必须已经死亡，只要陈述者在审判时确实无法出庭作证即可；法律也不再把临终陈述例外的适用范围局限为杀人案件，在各种刑事案件

乃至民事诉讼案件中，临终陈述作为传闻证据排除规则的例外，都可以采用。

“不利陈述”，或者“自认性陈述”，也是普通法传闻证据排除规则的重要例外。在有些案件中，诉讼当事人在审判之前已经做出过某种承认或认可性陈述，如交通事故的司机曾经承认是自己的过错造成了撞车，犯罪嫌疑人在接受侦查人员讯问时曾经做出有罪供述等，但是他们在法庭审判时又做出相反的陈述或者拒绝陈述。在这种情况下，对方可能会向法庭提供证人或证据证明其曾经做出过自认或于己不利的陈述。这当然也属于传闻证据，但是法律在诉讼的路口为其亮起了绿灯，因为这种陈述对于法官查明案件事实还是很有价值的，应该准许进入诉讼程序。

不过，法律对这种传闻证据的采用也做出了比较严格的规定。首先，这种不利陈述的效力是非确定性的，不同于当事人在法庭上做出的自认或认罪；其次，这种不利陈述是可以推翻的，陈述者可以否认，可以解释，也可以用证据加以反驳；再次，这种不利陈述必须是自愿做出的，如果法庭发现该陈述并非自愿做出的，就不能采纳；最后，这种不利陈述的采用是有限的，即只能用来对证人（包括当事人）的可靠性进行攻讦，不能直接用来证明案件事实。^①对于这个问题，笔者在后面还将进行专门的讨论。

在英美法系国家，逐渐放宽传闻证据的采用标准似乎是一种发展趋势，其表现之一就是传闻证据排除规则的例外越来越多。美国《联邦证据规则》的第 803 条和第 804 条具体规定了可以采用传闻证据的情况。第 803 条列举了在证人可以出庭的情况下适用传闻证据排除规则的 24 种例外，包括当场的感觉印象；激奋言词；当时存在的精神、感情或身体状况；出于医疗诊断或治疗目的而做出的陈述；已被记录的回忆；关于正常行事的活动记录；公共记录和报告；生命统计记录；宗教组织记录；结婚、洗礼和类似的证明书；家庭记

^① 参见乔恩·华尔兹著《刑事证据大全》，何家弘等译，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 94 - 128 页。

录;就影响财产权益的文件所作的记录;在陈旧文件中的陈述;市场报告、商业出版物;学术论著;关于个人或家庭历史的名声;关于边界和一般历史的名声;品格方面的名声;先前定罪的判决;关于个人、家庭、或一般历史、或边界的判决等。第 804 条列举了在证人不能出庭的情况下适用传闻证据排除规则的例外,包括临终陈述、不利陈述、以前在审判等正式程序中提供的证言、关于个人或家庭历史的陈述、因对方不法行为而失去出庭能力的证人证言等。^①

另外,英美法系国家的证据法律在传闻证据的界定问题上也出现了一些新的趋向。例如,英国《1968 年民事证据法》和澳大利亚《1995 年证据法》虽然都保留了传闻证据排除规则,但是把传闻证据划分为“第一手传闻”(First-hand hearsay)和“第二手传闻”(more remote hearsay,或译为“更远的传闻”)。前者指直接来源于案件事实的传闻;后者指间接来源于案件事实的传闻。这种对传闻证据概念的划分显然与普通法中传统的“庭外陈述”的定义标准有所区别,说明其着眼点已经从证言的提供形式移向证言的信息来源。从这个意义上讲,“第一手传闻”和“第二手传闻”的概念更接近于中国学者在这个问题上使用的概念。

在英美法系国家的证据法中,还有一条主要适用于书面证据的“最佳证据规则”,即要求书证的提供者尽量提供原件,如果提供副本、抄本、影印本等非原始材料,则必须提供充足理由加以说明。这一规则明确规定原始文字材料优先于它的复制品或者根据回忆其内容所作的口头陈述。这一规则与笔者在下面要探讨的问题也有密切关系。

三

在研究证据法学的问题时,笔者经常为概念和语词的混乱而感到头痛,并且曾野心勃勃地企图纵横捭阖、一统天下。然而,就在

^① 参见何家弘、张卫平主编《外国证据法选译》(下卷),人民法院出版社 2000 年版,第 767-844 页。